



FACULTAD DE DERECHO

INSOLVENCIAS INTERNACIONALES

Carolina Naranjo Marcos

4º E-1 BL

Derecho Internacional Privado

Tutor: Maria José Lunas Díaz

Madrid
Abril 2018

Resumen:

Un procedimiento de insolvencia requiere de una adecuada regulación con el fin de paliar los efectos negativos que pueden derivarse de la misma. La especial complejidad de cualquier procedimiento de insolvencia, unida a la especial complejidad de cualquier procedimiento internacional, hace de las insolvencias internacionales una figura jurídico-económica que presenta múltiples dificultades que deben ser solucionadas con una correcta regulación desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado.

El presente trabajo consta de una primera parte en la que se trata de manera global las insolvencias internacionales y su regulación. En esta parte se define y delimita el concepto, y se exponen los diferentes modelos y doctrinas que encontramos con el fin de entender las dificultades en presentar una solución efectiva. Posteriormente se explican las distintas regulaciones a nivel estatal, europeo e internacional con su evolución.

En la segunda parte se realiza un análisis crítico y exhaustivo de los problemas más controvertidos encontrados en una situación de insolvencia transfronteriza, desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado, con especial atención a los requisitos procesales, la competencia judicial internacional, la necesaria coordinación de procedimientos y la ejecución y reconocimiento de decisiones. Se valorarán a lo largo del trabajo las medidas que se establecen para solucionar dichos problemas, y la evolución y efectividad de las mismas, todo ello basado en la jurisprudencia europea y las normas de conflicto internacionales y nacionales.

Palabras clave:

Insolvencia, Insolvencia transfronteriza, Concurso internacional, Derecho Internacional Privado, Problemas, Deudor, Acreedor, Competencia Judicial Internacional, Coordinación, Ejecución y reconocimiento, Reglamento de insolvencia europeo, Ley modelo UNCITRAL, Ley concursal.

Abstract:

In a cross-border insolvency, coordinated measures are needed to palliate the negative effects of a difficult procedure as an insolvency that is worsened with international elements.

The present assignment begins with a global vision and explanation of the cross-border insolvencies and its regulation. This first part begins with a definition of the concept, and a delimitation of the characteristics of this situation. It continues with an exposition of the different theories that could be found around the globe based on the cross-border insolvencies, which will let us understand the difficulties to find global and effective solutions. To conclude this part, the main regulation, in a national, European and international level, and the evolution and them, will be explained.

In the second part a critical analysis of the main problems that will be faced in a cross-border insolvency is made. The measures given to face these problems by the “Ley concursal”, The European regulation of insolvency proceedings and the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency are explained, as well as the effectiveness of them. Also, the rules of the European Court of Justice about the above-mentioned problems are explained and studied.

The critical analysis is made trying to find an international solution to facilitate the cross-border insolvency proceedings, that respects the particularities of each jurisdiction, but treating each creditor equally and seeking the maintenance of the debtor.

Keywords:

Insolvency, International insolvency, Cross-border insolvency, Regulation, Problems, Private International Law, International Jurisdiction, Enforcement, UNCITRAL, EU.

ÍNDICE

LISTADO DE ABREVIATURAS.....	5
1. PROPÓSITO Y ALCANCE DEL TRABAJO	6
2. REGLAMENTACIÓN DE LAS INSOLVENCIAS TRANSFRONTERIZAS	6
2.1. Concepto y rasgos distintivos.....	6
2.2. Modelos.....	8
2.3. Régimen normativo	10
2.3.1. <i>Internacional</i>	10
2.3.2. <i>Europeo</i>	12
2.3.3. <i>Español</i>	16
2.4. Delimitación del régimen jurídico aplicable	19
3. PROBLEMAS EXISTENTES	20
3.1. Cuestiones previas al estudio de los problemas	20
3.1.1. <i>Centro de interés principal del deudor</i>	20
3.1.2. <i>Coordinación de procedimientos de insolvencia entre Estados miembros de la Unión Europea y Estados no miembros.</i>	21
3.2. Cuestiones derivadas de la competencia judicial internacional.....	22
3.2.1. <i>Vis atractiva concursus</i>	22
3.2.2. <i>Coordinación entre el Reglamento europeo de insolvencia y el Reglamento de Bruselas I, actualmente I bis</i>	25
3.2.3. <i>Traslado del deudor antes de la apertura del concurso</i>	27
3.2.4. <i>Grupo de empresas</i>	28
3.2.5. <i>Coordinación de procedimientos</i>	30
3.3. Principales incidencias en la eficacia extraterritorial de resoluciones.....	32
3.3.1. <i>Comunicación y publicidad</i>	32
3.3.2. <i>Reconocimiento y ejecución de decisiones Estados Unión Europea</i>	34
3.3.3. <i>Reconocimiento y ejecución por parte de España de decisiones de Estados no miembros</i>	35
4. CONCLUSIÓN	37
BIBLIOGRAFÍA	40

LISTADO DE ABREVIATURAS

Art: Artículo

Arts: Artículos

CC: Código civil

CNUDMI: Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

COMI: centro de intereses principales

EEUU: Estados Unidos

LC: Ley 22/2003, del 9 de Julio, Concursal

LSC: Ley Sociedades de Capital

RBI: Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

RBI *bis*: Reglamento (CE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

REI: Reglamento (CE) número 1346/2000, del Consejo, de 29 mayo de 2000 sobre procedimientos de insolvencia

REI *bis*: Reglamento (CE) número 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia

STJCE: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TFUE: Tratado de funcionamiento de la Unión Europea.

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TRLSC: Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital

UE: Unión Europea

UNCITRAL: *United Nations Commission on International Trade Law*

1. PROPÓSITO Y ALCANCE DEL TRABAJO

En el mundo globalizado en el que nos encontramos, las empresas tienden a extenderse a diferentes mercados y jurisdicciones, creciendo y contando con bienes y acreedores en varios Estados. Cualquier empresa, o particular, que realice una actividad económica tiene el riesgo de no poder hacer frente a sus deudas y acabar en una situación de insolvencia, convirtiéndose así en un deudor que tendrá que hacer frente a unas obligaciones a nivel internacional. Debido a los efectos negativos que trae cualquier situación de insolvencia, y la agravación al tratarse de una internacional, se ha abordado del tema e intentado regular de una manera efectiva tanto a nivel estatal, como europea e internacional

En el presente trabajo se realiza en primer lugar una introducción y exposición del tratado dado a las insolvencias transfronterizas a todos los niveles y, en un segundo lugar, un estudio de los problemas más llamativos que encontramos desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado en las situaciones de insolvencia, con especial atención a la competencia judicial internacional y las soluciones ofrecidas por la Ley Concursal, el Reglamento Europeo de Insolvencia y la Ley modelo de UNCITRAL.

La identificación de los problemas se ha realizado con un análisis exhaustivo de las características, principalmente procesales, de un procedimiento de insolvencia transfronterizo, así como de la jurisprudencia europea y lo establecido por el TJUE. A la hora de analizar las posibles soluciones y efectividad de las medidas en este trabajo, se ha dado prioridad a la existencia de mecanismos efectivos que respeten las particularidades de cada ordenamiento, pero sin perjudicar a los acreedores dándoles un trato desigual por su localización, buscando la viabilidad y continuidad del deudor.

2. REGLAMENTACIÓN DE LAS INSOLVENCIAS TRANSFRONTERIZAS

2.1. Concepto y rasgos distintivos

Antes de comenzar con el estudio de las insolvencias transfronterizas debemos delimitar cuándo nos encontramos ante una mera situación de insolvencia. El presupuesto objetivo para determinar que una empresa o particular se encuentra en esta situación es, por lo general, el no pago de las deudas por falta de liquidez. Sin embargo, se deben realizar algunas matizaciones a esta afirmación ya que no es el único supuesto de insolvencia.

El artículo 2.2 de la Ley Concursal (en adelante LC) determina:

“Se encuentra en situación de insolvencia el deudor que no puede pagar regularmente sus obligaciones exigibles”

El legislador con obligaciones exigibles hace referencia a cualquier tipo de obligación, incluso si la obligación no es pecuniaria, siempre y cuando su cumplimiento no dependa de un suceso futuro o incierto, pasado, o que el obligado desconozca¹.

Sin embargo (tampoco) es insolvente aquel que no paga porque no quiere, o porque crea que no deber pagar, si no aquel que no pueda hacer frente a sus obligaciones, aunque la propia incapacidad para cumplir no conlleva necesariamente tener un patrimonio insuficiente. Podemos observar que una empresa puede no tener patrimonio suficiente pero abundante liquidez a corto plazo, lo que hace que la empresa no se encuentre en una situación de insolvencia.

Se puede afirmar también que un sujeto se encuentra en situación de insolvencia cuando se encuentra sin patrimonio suficiente para hacer frente a todas las obligaciones exigibles.

Debemos tener en cuenta que no toda situación de dificultad financiera conlleva obligatoriamente encontrarse en una situación de insolvencia. A modo de ejemplo la Ley de Sociedades de capital (en adelante LSC) establece dos supuestos en los que la empresa puede estar en insolvencia por un déficit patrimonial, sin necesariamente llegar a concurso.

Así, el art 327 LSC, aplicable a las sociedades anónimas, establece que cuando el patrimonio neto de la sociedad disminuye por debajo de las dos terceras partes de su capital, habiendo transcurrido un ejercicio social se deberá reducir el capital, o aumentarlo si fuese conveniente. Por otra parte, el artículo 363.1 LSC, que se aplica tanto a las sociedades de capital como a las de responsabilidad limitada, y establece la necesidad de liquidar la sociedad o la apertura del concurso de acreedores, cuando el patrimonio neto se reduce por debajo de la mitad del capital social. En ambos supuestos se está también una situación de insolvencia. En consecuencia, la insolvencia deviene tanto de una falta de liquidez para atender obligaciones, como de un desequilibrio patrimonial respecto del capital social.

Una vez delimitada la situación de insolvencia, se debe especificar cuando se trata de una situación transfronteriza. El concepto insolvencia transfronteriza fue definido por *United Nations Commission on International Trade Law* (de ahora en adelante UNCITRAL) como:

¹ Art 1113 Código Civil (en adelante CC)

“El fenómeno esencialmente económico que se presenta cuando un deudor incurre en situación de insolvencia y tiene bienes en más de un Estado, o cuando algunos de los acreedores de dicho deudor no son ciudadanos del Estado en el que se inició el procedimiento de insolvencia”

Se da esta situación pues cuando encontramos elementos internacionales, es decir, bienes susceptibles de ser intervenidos, de un mismo sujeto, en diferentes Estados, o acreedores no nacionales. Esto último quiere decir que un deudor puede encontrarse en una situación de insolvencia internacional cuando, aún realizando únicamente transacciones económicas dentro de su Estado lo hace con extranjeros.

Podemos entender también que se da la internacionalidad de una empresa cuando tiene relaciones económicas en diferentes Estados, entendiéndose que podrá estar sujeta a la jurisdicción de dos o más Estados.

Por otra parte, a nivel europeo se considera que una empresa tiene elementos internacionales si posee una sucursal en otro Estado miembro.

Las situaciones de insolvencia no son poco comunes, y tienen gran trascendencia, no únicamente a nivel social y económico, sino también jurídico. Debido a la naturaleza del concurso intervienen diferentes sectores del Derecho tal como sociedades, relaciones laborales o derechos reales². Cada uno de ellos tiene su propia regulación y principios, pero deben actuar conjuntamente, y en el caso de las insolvencias con elemento extranjero se acentúan aún más estas diferencias.

Es por ello necesario una buena regulación que respete las particularidades de cada ordenamiento, pero también, que contenga normas de Derecho internacional privado que sirvan como base de coordinación o elección entre las diferentes legislaciones.

2.2. Modelos

Para poder realizar un análisis de las insolvencias transfronterizas, y poder entender los problemas que surgen a la hora de buscar un sistema que pueda ser aplicado por y en diferentes jurisdicciones, debemos tener en cuenta que existen diferentes modelos y doctrinas sobre el tratamiento de las insolvencias a nivel internacional.

² Ezquerra J, “El reglamento comunitario y la Ley Concursal en el nuevo Derecho internacional privado de la insolvencia” Martín A, *La reforma de la legislación concursal: un estudio sistemático de las Leyes 22/2003 y 8/2003, de 9 de julio*, Dykinson, Madrid 2004, pp. 325-344

Uno de los asuntos más discutidos en casos de insolvencia transfronteriza es si se debe tratar como un solo procedimiento de insolvencia, o como un conjunto de procedimientos territoriales con algún tipo de coordinación. La primera opción es la de la universalidad y busca englobar todos los bienes y acreedores un deudor en un solo procedimiento principal, independientemente de su localización. La segunda opción está basada en el modelo de territorialidad, y a diferencia del anterior modelo pretende establecer múltiples procedimientos en diferentes Estados y separados entre ellos, contra un mismo deudor, limitándose cada proceso territorial a los bienes y acreedores que se encuentran en ese territorio.

Ambas opciones son complicadas debido a que la primera es adecuada a las exigencias de un procedimiento concursal, en el cual se responde frente a los acreedores con la totalidad de la masa activa, y con un trato que debiera ser igualitario para a los acreedores con similares créditos, mientras que la segunda es adecuada dado el carácter internacional que tiene un procedimiento con elemento extranjero, en el cual intervienen *a priori* jurisdicciones y regulaciones diferentes y el acreedor y los bienes van a estar localizados en el mismo Estado³. Ninguna de las dos opciones es perfecta. Por ello tanto UNCITRAL como la UE han optado por un modelo denominado universalismo mitigado, el cual busca, en la medida de lo posible, la unidad y universalidad del procedimiento, pero admitiendo la posibilidad de una pluralidad de procedimientos territoriales en ciertos casos limitados.

También podemos encontrar diferentes modelos en base al trato dado al deudor. A nivel europeo tenemos por una parte el modelo inglés⁴, el cual busca la liquidación una vez se ha entrado en el concurso, sin prácticamente opción de reestructuración, si bien incentiva de manera previa al concurso acuerdos muy flexibles y con grandes beneficios para el deudor, los conocidos "*scheme of arrangement*". Por otro lado, encontramos el modelo alemán, el cual busca durante todo el procedimiento la supervivencia de la empresa, incentivando acuerdos y convenios que permitan la reestructuración de la deuda. España, al menos en el plano teórico se asemeja más a un modelo alemán, aunque es cierto que la mayor parte de las insolvencias que son conocidas por los tribunales españoles acaban en liquidación.

Si nos encontramos en una situación en la que concurren varios procedimientos de insolvencia dentro de un mismo grupo de empresas, también existen diferentes planteamientos teóricos sobre su tratamiento. Por una parte, hay quienes abogan por una separación radical de

³ Arenas R, "Procedimientos concursales", *Derecho de los negocios internacionales*, Tercera edición, Iustel, Madrid 2011, p 563.

⁴ Escocia no aplica este régimen

procedimientos, en los que cada una de las entidades con personalidad jurídica propia tenga su procedimiento separado sin incidencia del resto. También se plantea la posibilidad de acumular los procedimientos concursales de distintas sociedades de un mismo grupo en un mismo órgano jurisdiccional, que es la opción española. A diferencia del primer planteamiento, los países con tradición anglosajona toman el grupo como una sola sociedad, mezclando activos y pasivos de las distintas sociedades. Sin embargo, a nivel europeo se prefiere la separación de los procedimientos relativos a cada sociedad, pero con cooperación coordinación y comunicación de jueces y administradores concursales.

A la hora de regular las situaciones de insolvencia tanto a nivel europeo como internacional se ha optado por una armonización de normas, debido a que en estos casos las normativas nacionales, como mencionábamos anteriormente, son inadecuadas e ineficaces por la disparidad de modelos que encontramos. Se podría haber optado también por la unificación, pero incluso a nivel europeo encontramos que no esto no es posible⁵.

Como podemos observar la existencia de diferentes tratos y puntos de vista a nivel comparado de las insolvencias transfronterizas hará que sea complicado encontrar una regulación oponible a diferentes regímenes que incentive las inversiones transfronterizas, dé seguridad jurídica a las mismas, proteja el buen funcionamiento del mercado interior, los intereses locales, la continuidad de la actividad económica susceptible de liquidación y el pago de los acreedores. Analizaremos las opciones legales a continuación.

2.3. Régimen normativo

2.3.1. Internacional

Debemos comenzar analizando los diferentes mecanismos e iniciativa que han existido, y existen, a nivel internacional en cuanto a la regulación de las insolvencias internacionales.

En la década de los 70 con la crisis del petróleo se pone de manifiesto la necesidad de una regulación supranacional de las insolvencias transfronterizas. Así Estados Unidos (adelante EEUU), incorpora la Sección 304 al Bankruptcy Code 1978, referente a los mecanismos en situaciones de procesos extranjeros. Posteriormente sería utilizado por otros países.

⁵Como explicábamos anteriormente, debido a que a nivel europeo existen diferentes modelos, principalmente, en cuanto al trato del deudor y la posibilidad de acuerdo antes de liquidación

En los años 90 se comenzó a buscar una cooperación y coordinación entre Estados, con protocolos *ad hoc*⁶, basados en la Sección 304 del Bankruptcy Code estadounidense, que buscaban la resolución de conflictos en situaciones en las que se abriesen procedimientos en diferentes Estados. A finales del siglo XX encontramos un gran desarrollo legislativo de las insolvencias internacionales con convenios multilaterales, iniciativas europeas y de las Naciones Unidas.

Merece especial atención el trabajo realizado por la UNCITRAL, o Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), creado en 1966 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en materia de insolvencias transfronterizas. Con la creación de este órgano se pretendía facilitar el comercio internacional y eliminar las barreras y problemas existentes a la hora de unir diferentes legislaciones tan dispares. Está compuesta por Estados miembros, Estados observadores y organizaciones interesadas, intergubernamentales y no gubernamentales⁷.

En el congreso de Nueva York de 1992 se plantea, debido a la falta de armonía de normas relativas a las insolvencias internacionales, la posibilidad de realizar un texto común a nivel supranacional⁸.

La comisión aprueba el 30 de mayo de 1997⁹ La Ley Modelo de la CNUDMI sobre insolvencia transfronteriza¹⁰ (Ley modelo de ahora en adelante), como respuesta al necesario régimen efectivo relativo a los procedimientos de insolvencia con elemento extranjero. Busca principalmente la cooperación y coordinación entre jurisdicciones, respetando las características procesales de cada país. Por ello no se trata de una unificación, si no de una armonización de normas no vinculantes salvo adhesión voluntaria y con valor contractual¹¹. Regula principalmente el acceso al procedimiento de insolvencia, el reconocimiento de

⁶ Principalmente en Estados de tradición anglosajona

⁷ <http://www.uncitral.org>

⁸ Gonzales, J, Pessoa de Oliveira, A “El papel de UNCITRAL (CNUDMI) en las insolvencias transfronterizas”, *Panorama Socioeconómico Año 31*, número 31, julio 2013

⁹ 30º periodo de sesiones

¹⁰ Grandes Estados han adoptado este modelo de Ley en sus legislaciones nacionales, especialmente aquellos con tradición anglosajona, tales como Australia (2008), Canadá (2009) o Gran Bretaña e Irlanda del Norte (2003).

¹¹ UNCITRAL, en relación con las insolvencias, ha tratado con instrumentos de “*soft law*” como guías legislativas, recomendaciones y textos explicativos, Las principales son: Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de insolvencia, partes Primera y Segunda (2004), Guía legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de insolvencia, tercera parte: Tratamiento de los grupos de empresa en situaciones de insolvencia (2010), Guía legislativa de CNUDMI sobre régimen de insolvencia, cuarta parte: obligaciones de los directores en el periodo cercano a la insolvencia (2013), Ley modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia transfronteriza: la perspectiva judicial, y la Guía práctica de la CNUDMI sobre cooperación en la insolvencia transfronteriza (2009).

resoluciones de tribunales extranjeros, regulación de las medidas, y la cooperación y coordinación como he mencionado anteriormente.

Por otra parte, en 2 de diciembre 2004¹² se aprueba la Guía para la incorporación de la Ley Modelo al derecho interno e interpretación, que anexa a la Ley Modelo, pretendía clarificar parte de la misma, además de describir un buen régimen de insolvencias para favorecer la reforma de las legislaciones nacionales. Esta guía sería modificada y modernizada en 2013 con el fin de adaptarse a la situación económica del momento además de incorporar nuevas aclaraciones.

Considerado 2 Reglamento (CE) número 1346/2000, del Consejo, de 29 mayo de 2000, sobre procedimientos.

Es complicado encontrar a nivel internacional un convenio multilateral relativo a los concursos internacionales, no solo por los modelos teóricos de los diferentes Estados, si no por los regímenes jurídicos internos de cada uno de ellos; sin embargo, el hecho de que las normas establecidas por UNCITRAL no sean vinculantes salvo adhesión voluntaria, y siendo la mayoría de los preceptos meras recomendaciones, crea poca seguridad jurídica y puede frenar las relaciones económicas internacionales, además de perjudicar a aquellos que optan por la globalización.

2.3.2. Europeo

El mercado único de la Unión Europea (en adelante UE) hace que sea aún más necesario un régimen adecuado que regule las insolvencias transfronterizas de manera eficaz y efectiva¹³, no solo por el gran número de casos con elemento extranjero que se encuentran a nivel europeo¹⁴, sino también por el efecto que puede tener el hecho de encontrar bienes y acreedores en diferentes Estados y el impacto económico y social que trae consigo cualquier situación de insolvencia.

Reglamento (CE) número 1346/2000, del Consejo, de 29 mayo de 2000, sobre procedimientos.

En junio de 2017 entró en vigor un nuevo Reglamento de insolvencias europeo, pero anteriormente existieron diferentes instrumentos que buscaban regular esta situación de

¹² 37ª periodo de sesiones

¹³ Considerado 2 Reglamento (CE) número 1346/2000, del Consejo, de 29 mayo de 2000, sobre procedimientos.

¹⁴ Los últimos datos de la Comisión estiman que la cuarta parte de las insolvencias a nivel europeo son transfronterizas: Documento de trabajo de los servicios de la Comisión, evaluación de impacto que acompaña a la recomendación de la Comisión sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial, SWD (2014) 61 final, 12.3.2014, p. 2.

manera a nivel europeo.

a) Situación previa a la reglamentación europea del 2000

Desde principios del siglo XX comienzan a desarrollarse en Europa convenios bilaterales y multilaterales con ciertos preceptos relativos a la insolvencia¹⁵; pero el primer Tratado a nivel europeo que regula la insolvencia transfronteriza es el Convenio de Estambul de 5 de junio de 1990 sobre ciertos aspectos internacionales de la quiebra, aunque fue únicamente firmado por ocho países¹⁶.

En 1970 se comienza a trabajar en el seno de las Comunidades Europeas para llegar al primer reglamento sobre procedimientos de insolvencia ya en el año 2000. En 1970, 1980 y 1984 se prepararon anteproyectos hasta llegar al Convenio de Bruselas de 23 de noviembre de 1995 relativo a los procedimientos de insolvencia, aunque no llegó a entrar nunca en vigor por la no firma de Reino Unido.

El Tratado de Ámsterdam entró en vigor en 1999 y con él la “comunitarización” del Derecho internacional privado lo que permitió la (entrada en vigor) adopción del primer reglamento exclusivo sobre este tema, Reglamento (CE) número 1356/2000, del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia (en adelante REI) que recogía parte los esfuerzos hechos años antes con el fallido Convenio de Bruselas de insolvencias.

b) Antiguo reglamento europeo de insolvencia

El REI, nace con el objetivo de crear normas de Derecho Internacional Privado relativas a la insolvencia transfronterizas a nivel europeo que diesen una efectiva solución, necesaria dado el auge de mayores relaciones económicas internacionales, de estos procedimientos. Se opta por una armonización de normas, principalmente procesales, y no por una unificación total de normas concursales¹⁷, con el fin de respetar la personalidad de cada jurisdicción y en busca de dar un similar trato a los concursos con elemento extranjero y los

¹⁵ Especialmente relevantes el convenio Franco-Belga firmado en París el 8 de julio de 1899, por ser de los primeros convenios en tratar este tema y el convenio de Copenhague el 11 de noviembre de 1933, entre Dinamarca, Finlandia, Noruega, Suecia e Islandia.

¹⁶ Bélgica, Francia, Alemania, Grecia, Italia, Luxemburgo, Turquía y Chipre (único en ratificarlo)

¹⁷ Aclarar que el Reglamento no pretende establecer un mismo derecho concursal para todos los Estados, sino únicamente unas reglas comunes de Derecho internacional privado para determinar qué juez y ordenamiento han de regir en un proceso de insolvencia internacional

concursos nacionales en un mismo Estado, No es Derecho europeo uniforme en materia concursal, pero incluye normas de conflictos aplicables directamente en los Estados miembros.

Comienza a aplicarse a partir del 31 de mayo de 2002 a los procedimientos de insolvencia tanto de personas físicas como jurídicas, sean comerciantes o particulares¹⁸, que tengan su centro principal de intereses (en adelante COMI) dentro de la Comunidad e implique el desapoderamiento total o parcial del deudor, y el nombramiento de un síndico¹⁹.

El REI sigue el modelo de universalismo mitigado anteriormente explicado, es decir, que busca, en la medida de lo posible, la unidad y universalidad del procedimiento, pero acepta la existencia de procedimientos territoriales paralelos al principal que afecten únicamente a los bienes y acreedores de un Estado. Por otra parte, no creó una autoridad supranacional que se encargue las insolvencias internacionales, si no que da el poder a los tribunales nacionales para que apliquen las reglas de Derecho internacional privado relativo a las insolvencias, en coordinación con la legislación nacional si fuese conveniente.

A pesar de los intentos europeos de crear normas efectivas, se puso de manifiesto que era una norma que no resolvía algunos de los problemas más esenciales de Derecho internacional privado, como la coordinación entre varios tribunales en principio competentes, o la competencia judicial, problemas especialmente llamativos y comunes en casos de insolvencias internacionales. Se dejó a la jurisprudencia de los Estados miembros, y al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) que tomaran decisiones sobre estos asuntos, que resultaron ser por lo general, poco claras y en ciertos momentos contradictorias como veremos a lo largo de este trabajo.

A modo de ejemplo podemos mencionar la ineficiencia del Reglamento dado su estrecho ámbito de aplicación²⁰, la falta de normas relativas a los grupos de empresas, la imposición de cooperación y coordinación entre diferentes Estados sin la creación de instrumentos efectivos o la falta de delimitación con otros reglamentos, entre otros.

c) Nuevo reglamento europeo de insolvencia

¹⁸ Quedan excluidos los procedimientos relativos a empresas de inversión, entidades de crédito que posean fondos, valores negociables de terceros y los organismos de inversión colectiva (art 1.2). Tampoco es aplicable a Dinamarca.

¹⁹ REI art 1

²⁰ El reglamento era de aplicación principalmente a procedimientos cuyo fin era la liquidación de la empresa. Dado el estrecho ámbito de aplicación, por lo general no se aplicaba a situaciones en la que el deudor era económicamente viable, ni a procedimientos cuyo fin fuese la reestructuración de la deuda.

El Reglamento (UE) 2015/848, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia (en adelante REI bis) comienza a aplicarse a procedimientos abiertos posteriores al 26 de junio de 2011²¹ y entra en vigor con el fin de cubrir las deficiencias que demostró tener el anterior. Todos los actos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor del reglamento están sujetos al REI y a la ley que les fuese aplicable²².

No tenemos aún jurisprudencia del TJUE en la que podemos comprobar la eficacia del nuevo reglamento, y si soluciona los problemas que suscitó el anterior, pero parece que, además de ampliar su ámbito de aplicación, introduce clarificaciones a algunos de los puntos más conflictivos, e introduce mecanismos para la mejor coordinación de los procesos y tribunales.

El nuevo reglamento de insolvencia determina su ámbito de aplicación material²³ en su artículo 1, aumentándolo respecto al anterior a situaciones de preinsolvencia y procedimientos híbridos²⁴ con el fin de anticiparse a la liquidación, reconociendo las reestructuraciones de deuda y el rescate de empresas viables económicamente. Será de aplicación a los procedimientos relativos a deudores cuyo COMI se encuentre en la UE.

Como novedades, y buscando la coordinación entre tribunales anteriormente mencionada, introduce normas relativas a los procedimientos secundarios y principal, y el tratamiento y coordinación de casos de grupos de empresas. Por otra parte, desarrolla las normas de competencia judicial expuestas en el REI, clarificando e introduciendo normas procesales para su correcta aplicación, como aclaraciones sobre el COMI y supuestos de ruptura de las presunciones establecidas.

Además de tratar los temas anteriores, incluye normas sobre la publicidad, creando un registro a nivel europeo, a través de esta medida, facilitar la presentación de créditos por acreedores extranjeros.

²¹ Debemos mencionar que el reglamento entró en vigor el 26 de junio de 2017 con las excepciones contenidas en el art 92 “a) el artículo 24, apartado 1, que se aplicará a partir del 26 de junio de 2018, y c) el artículo 25, que se aplicará a partir del 26 de junio de 2019.”

²² Art 84 REI bis el cual regula el ámbito de aplicación del Reglamento.

²³ Los procedimientos españoles que se incluyen en el ámbito de aplicación del Reglamento son: los concursos, procedimientos de homologación de acuerdos de refinanciación, procedimientos de acuerdos extrajudiciales de pagos, procedimiento de negociación pública para la consecución de acuerdos de refinanciación colectivos, acuerdos de refinanciación homologados y propuestas anticipadas de convenio.

²⁴ Procedimientos que buscan la reestructuración colectiva de la deuda, pero manteniendo la dirección de la empresa

Desde un punto de vista teórico podemos observar que se han incluido en el nuevo reglamento clarificaciones a temas que habían suscitado problemas en los años interiores, introducido reglas más específicas sobre temas que no se trataron de una manera correcta en el anterior y ha intentado establecer mecanismos de coordinación y cooperación más prácticos; sin embargo, debemos esperar unos años para comprobar si el reglamento soluciona de manera efectiva los posibles conflictos y si se ajusta a la realidad de un procedimiento internacional de insolvencia.

2.3.3 Español

a) Ley concursal

La regulación española sobre los concursos ha sufrido numerosas modificaciones a lo largo de su historia, siendo hasta 2003 normativa dispersa en diferentes códigos, como la Ley de Suspensión de Pagos de 26 Julio de 1922 y el primer Código de Comercio de 30 de Mayo de 1829, cuando se aprobó la actual Ley concursal (22/2003) del 9 de Julio. Con su entrada se regula por primera vez los concursos con elemento extranjero.

Durante la crisis económica, que comenzaría en 2008, se pusieron de manifiesto las deficiencias de la LC, no solo por el aumento en el número de concursos y de aquellos que terminaban en liquidación, sino también por el colapso que sufrieron los juzgados con este tipo de asuntos. Los concursos de acreedores en España se caracterizan por ser procesos largos, costosos y acabados en la liquidación el 95% de las veces²⁵; en busca de solucionar estos problemas la LC fue modificada en numerosas ocasiones durante estos años de recesión, aunque no parecen haber sido del todo efectivas.

Con la reforma de 2009 se intentó reducir el tiempo con las modificaciones, beneficios e incentivos de los procedimientos abreviados y la liquidación anticipada²⁶. Además, facilitó las propuestas de convenio, aunque hoy en día siga siendo una solución residual en una situación de insolvencia.

En 2011 se matizaron algunas de las modificaciones anteriores, se aumentaron los incentivos para recurrir a los acuerdos de refinanciación²⁷, creando el “concurso express”²⁸. Por

²⁵ Este porcentaje depende de la fuente de consulta, la mayoría de los autores estiman que entre 2006 y 2012 entre el 5% y el 10% de las empresas alcanzan un convenio

²⁶ Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica

²⁷ Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal

otra parte, se intentan reducir los costes de los procedimientos con la eliminación de las personas intervinientes, limitándolo al administrador concursal.

En marzo del 2014 se sigue con la modificación de la LC mejorando el régimen de los acuerdos de refinanciación²⁹, mientras que en septiembre 2014³⁰ se intenta regular de manera más efectiva los convenios para incentivar la continuidad de las empresas económicamente viables³¹.

La Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, establecía la autorización para elaborar una propuesta de texto refundido de LC, con el fin de terminar con las continuas modificaciones de la misma. La Propuesta de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el Texto refundido de Ley concursal³², fue elaborada por la Sección de Derecho mercantil de la Comisión General de Codificación, y presentada el 6 de marzo de 2017. Busca tal como indica la orden ministerial por la que se aprueba su creación, no solamente refundir sino regular, aclarar y armonizar los textos legales.

La propuesta introduce cambios meramente formales del texto, como reordenar y modificar la literalidad de los preceptos de la LC, pero también, armoniza e incluye lo especificado por la doctrina y jurisprudencia. Incluye la notificación al cónyuge, y regulariza las normas relativas a los concursos conexos y la competencia a los jueces de primera instancia para declarar ciertos tipos de concursos. Además, especifica las competencias de los administradores concursales, e incluye normas relativas a la calificación del concurso o los efectos de éste³³.

²⁸ Figura que hacer referencia a la situación en la que el Juez declara en el mismo auto de apertura del concurso, el archivo del mismo por la inexistencia de activos, con la extinción y cancelación del registro de la sociedad.

²⁹ Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial

³⁰ Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal

³¹ García- Posadas M, Vegas R “Las reformas de la Ley Concursal durante la Gran recesión”, Banco de España Eurosistema, documento de trabajo nº 1620, 2016

³² Ponencia especial de la Sección de Derecho mercantil de la Comisión General de Codificación, “*Propuesta De Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal*”, Ministerio de Justicia (Secretaría General Técnica), 6 de marzo de 2017 (disponible en: http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292428364645?blobheader=application%2Fpdf&blobheadernam e1=Content-Disposition&blobheadername2=Grupo&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DPropuesta+de+Real+D ecreto+Legislativo+por+el+que+se+aprueba+el+Texto+Refundido+de+la+Ley+Concursal.PDF&blobheadervalue2 =Docs_CGC_Propuestas, última consulta: 15/04/2018).

³³ Dictum abogados, La propuesta de Real decreto legislativo por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley concursal, Dictum abogados, 12 junio 2017 (disponible en: <https://dictumabogados.com/e-dictum-publicaciones-derecho-mercantil/la-propuesta-real-decreto-legislativo-se-aprueba-texto-refundido-la-ley-concursal/16275/>, última consulta: 14/04/2018)

Las numerosas modificaciones a lo largo de los años de nuestra legislación, demuestran las dificultades a la hora de solucionar los problemas existentes en situaciones de insolvencia nacionales, siendo éstos amplificadas cuando nos encontramos con bienes y acreedores en diferentes Estados, como en una situación de insolvencia transfronteriza.

b) Necesidades y Adaptaciones necesarias de la LC con el nuevo reglamento europeo de insolvencia.

El Reglamento de insolvencia europea es un reglamento que establece principalmente normas de Derecho internacional privado que nos remiten a las leyes nacionales. Es por ello que las leyes concursales de los países miembros deben estar en sintonía con la reglamentación europea. Sin embargo, como podremos ver a lo largo del trabajo, no siempre las normativas nacionales se adaptan a lo establecido a nivel internacional.

Desde el punto de vista español, las sucesivas reformas de la LC, llegando a la propuesta de texto refundido, han ido incorporando, desarrollado y concretando algunas de las normas establecidas en los reglamentos de insolvencias. La propuesta de Texto refundido incluye en el Libro III las normas de Derecho internacional privado, aunque toda la LC está en sintonía con el reglamento.

Si bien podemos observar que la Propuesta de texto refundido de la Ley Concursal intenta ir acorde con lo establecido en el reglamento, las normas de derecho internacional privado no han variado mucho respecto a la legislación anterior³⁴, mientras que el REI *bis* si ha introducido modificaciones significativas, como vimos anteriormente, respecto al REI.

No se encuentra acorde a las presunciones establecidas a nivel europeo en cuanto al COMI del deudor. Por otra parte, no regula el juez competente en los grupos de empresas internacionales, se limita a establecer los criterios en caso de grupo de empresa nacional. No menciona los efectos del concurso sobre los procedimientos arbitrales como tampoco se especifica el modo de comunicación y coordinación entre los tribunales de los Estados Miembros, algo en lo que incide de manera significativa el REI *bis*³⁵.

Es cierto que la propuesta de LC es un avance en materia concursal, y desarrolla de una manera más práctica las normas acerca de este asunto, pero es deficiente en cuanto a las

³⁴ Podríamos afirmar que la LC se quedó anclada en el REI

³⁵ Espiniella, A., “El nuevo reglamento europeo de insolvencia y la propuesta de texto refundido de la Ley Concursal: Encuentros y desencuentros”, *Revista Española de Derecho Internacional*, número 70.1.2018, enero 2018, pp. 245-252

normas de Derecho Internacional Privado en relación con las insolvencias internacionales. Hubiese sido útil y necesario un mejor desarrollo de ciertos aspectos referentes a las situaciones de insolvencia internacional.

2.4 Delimitación del régimen jurídico aplicable

Antes de comenzar un procedimiento de insolvencia se debe delimitar ante que supuesto nos encontramos en base a la localización del COMI del deudor.

Si el COMI del deudor se encuentra en un Estado miembro de la UE, y afecta a acreedores y empresas europeas, nos encontramos ante supuesto “íntegramente europeo”. En este caso se aplicará el Reglamento Europeo de Insolvencia, además de la regulación sustantiva de la ley de insolvencia aplicable del Estado Miembro donde se desarrolle el procedimiento, y las normas de cooperación, ejecución y reconocimiento de los Estados miembros donde puede tener incidencia el procedimiento³⁶.

También podría tratar del supuesto en el que el COMI del deudor se encuentre fuera de la UE, pero exista alguna incidencia en algún Estado miembro. En este caso, se aplicarán a esos intereses que radiquen en la UE, las normas de Derecho internacional privado que contiene la LC³⁷ y el REI *bis*.

Por último, si el COMI del deudor se encontrase en la UE, pero existiese alguna incidencia en terceros Estados, nos encontraríamos ante un supuesto mixto. Se trata del supuesto más conflictivo puesto que se aplicará el REI *bis* para determinar la competencia judicial, las normas de conflicto y la Ley aplicable, pero será de aplicación la Ley del Estado donde se desarrolle el procedimiento principal, si se solicita por los tribunales del tercer Estado la cooperación o el reconocimiento³⁸.

Debemos entender incidencia no solo como bienes o acreedores en otro Estado si no también aquellas cuestiones que tengan una inmediata relación con la materia concursal, pues como se explicará posteriormente, será competente el tribunal que conozca del procedimiento principal para conocer estas cuestiones.

³⁶ Espiniella, A, “Los concursos transfronterizos”, *El derecho de la insolvencia*, Tirant lo Blanch, Valencia 2016, p. 1091

³⁷ Sucederá de igual manera en caso que la incidencia fuese en otro Estado de la UE.

³⁸ Espiniella, A, “Los concursos transfronterizos”, *El derecho de la insolvencia, cit.*, p. 1091.

3. PROBLEMAS EXISTENTES

3.1. Cuestiones previas al estudio de los problemas

3.1.1 Centro de interés principal del deudor

Siendo el centro de interés principal del deudor, más conocido como COMI, el presupuesto objetivo que dota a un tribunal de competencia judicial internacional en caso de insolvencia internacional es el primer asunto problemático que se debe abordar en el estudio de las mismas. Debería tratarse de un concepto claro que no suscitase dudas sobre su delimitación, ni diese la posibilidad a que sujetos con ánimo fraudulento, se beneficien por la falta de una regulación poco precisa.

Es definido en el art 3.1 REI *bis* lo define como “*lugar en el que el deudor lleve a cabo de manera habitual y reconocible por terceros la administración de sus intereses*” y establece a su vez que tendrán competencia para conocer del procedimiento de insolvencia principal los tribunales donde se sitúe el COMI del deudor en el momento de la apertura del procedimiento³⁹.

En el primer reglamento de insolvencias de la UE (REI) se falla de manera clara en regular el concepto y en establecer de manera adecuada la competencia judicial internacional. Establecía en el art 3.1 “*Tendrán competencia para abrir procedimiento de insolvencia los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se sitúe el centro de los intereses principales del deudor. Respecto de las sociedades y personas jurídicas, se presumirá que el centro de los intereses principales es, salvo prueba en contrario, el lugar de su domicilio social*”

Como podemos observar únicamente se determina cual será el COMI respecto a las personas jurídicas (domicilio social), pero no de los particulares que ejercen la actividad mercantil o de los consumidores. El hecho de que no se determinase de manera clara llevó a los tribunales nacionales a adoptar su propio concepto de COMI abandonando la armonización que pretendía establecer el Reglamento, como tampoco se establecía el momento en el que debe determinarse donde se sitúa el COMI de un deudor, lo que llevó a un excesivo *fórum*

³⁹ Criterio establecido en STJCE (Gran Sala) 17.1.2006, asunto C-1/04 *Staubitz-Schreiber* ap 29 y STJUE (1º) 16.1.2014, Asunto C-328/12 *Schmid c. Hertel* ap 28 entre otras

shopping. Además, no establece mecanismo alguno para el control de la competencia del tribunal.

El REI *bis* ha sido un gran avance puesto que soluciona las deficiencias del anterior reglamento, dando mayor seguridad jurídica al sistema de las insolvencias transfronterizas a nivel europeo.

Como hemos mencionado incluye la definición de COMI, siguiendo la jurisprudencia europea, y además una lista de presunciones respecto a la localización del mismo. Buscando que los deudores no se beneficien de estas presunciones⁴⁰, incluye cómo refutar cada una de ellas⁴¹ y además establece el control de oficio del tribunal que conozca en un primer momento del asunto⁴², además de dar derecho de impugnación de la competencia a deudores y acreedores si no consideran que el tribunal es competente⁴³.

Como podemos observar a nivel europeo con la entrada en vigor del nuevo reglamento se ha establecido una regulación adecuada y clara, que previsiblemente evitará los problemas que suscitaron el anterior reglamento, anteriormente mencionados. Se han establecido medidas adecuadas para la delimitación del COMI, presunciones y modos de romperlas en beneficio de la seguridad jurídica y protección de acreedores y el control de la competencia.

Sin embargo, a nivel español nos encontramos que ni la LC, ni la propuesta de LC, incluyen las presunciones en cuanto al COMI que establece el REI *bis*, se limitan a establecer competencia territorial mientras que a nivel europeo se establecen presunciones concretas, algo que podrá llevar a confusión y que podría haber sido introducido en la propuesta para clarificar el concepto, siendo actualmente un problema no solucionado.

3.1.2 Coordinación de procedimientos de insolvencia entre Estados miembros de la Unión Europea y Estados no miembros.

Debemos notar que una situación de insolvencias internacional puede afectar a cualquier Estado. Existiendo una regulación nivel europeo para tratar los casos

⁴⁰ Art 3.1 REI *bis* “Respecto de las sociedades y personas jurídicas, se presumirá que el centro de sus intereses principales es, salvo prueba en contrario, el lugar de su domicilio social. (...) Respecto de los particulares que ejercen una actividad mercantil o profesional independiente, se presumirá que el centro de sus intereses principales es, salvo prueba en contrario, su centro principal de actividad. (...) Respecto de otros particulares, se presumirá que el centro de sus intereses principales es, salvo prueba en contrario, el lugar de residencia habitual de dicho particular. (...)”

⁴¹ Se explicará en el apartado 3.2.3 “Traslado del deudor antes de la apertura del concurso” p28

⁴² art 4 REI *bis*

⁴³ art 5 REI *bis*

intracomunitarios y no una regulación a nivel internacional vinculante, se debe explicar cómo se coordina un caso que afecte tanto a nivel europeo como extracomunitario.

A la hora de tener coordinar una situación de insolvencia que afecta tanto a Estados miembros de la UE y Estados no miembros podemos encontrarnos en dos situaciones diferentes:

- Que el COMI del deudor se encuentre dentro de la UE, pero tenga alguna incidencia en un Estado no miembro.
- Que el COMI del deudor se encuentre en un Estado no miembro, pero tenga alguna incidencia en un Estado de la UE.

En el primer supuesto, el litigio principal será conocido por los tribunales de un Estado miembro, pues así lo determina el hecho de encontrar el COMI dentro de la UE, pero además conocerán de las incidencias y cuestiones que estén relacionadas con el mismo, debido a la *vis attractiva concursus*, como se explicará posteriormente⁴⁴.

Numerosa jurisprudencia del TJUE ha interpretado que el hecho de que la cuestión relacionada con el litigio principal radique en un Estado no miembro es indiferente para que el tribunal competente que conoce de la cuestión principal, conozca también de ello. Debemos mencionar a este respecto el caso *Schmid c. Hertel*⁴⁵ en el cual se establece la competencia del Tribunal que conozca del procedimiento principal para “*conocer de una acción revocatoria por insolvencia contra un demandado cuyo domicilio no se encuentre en el territorio de un Estado miembro.*”

En el segundo supuesto, es decir, en caso que el Tribunal competente para conocer del litigio principal sea un tribunal fuera de UE, pero existan asuntos relacionados con el mismo en un Estado, serán de aplicación las disposiciones de Derecho Internacional Privado que contenga la Ley de insolvencia nacional del dicho Estado miembro. Hemos de tener en cuenta que a nivel europeo se protegen de manera llamativa los intereses nacionales, con lo cual, los requisitos para reconocimiento, ejecución, para ceder la competencia a los tribunales de un Estado no miembros estarán basados en el principio de reciprocidad.

3.2 Cuestiones derivas de la competencia judicial internacional

3.2.1 *Vis attractiva concursus*

⁴⁴ Se explicará en el apartado 3.2.1 “*vis attractiva concursus*” p 22

⁴⁵ STJUE (1º) 16.1.2014, Asunto C-328/12 Schmid c. Hertel ap 30 y 39

Uno de los principales problemas a la hora de determinar la competencia judicial internacional de un asunto relacionado con una situación de insolvencia es si será atraído por el procedimiento principal por estar estrechamente relacionados con la insolvencia.

Como es lógico, corresponderá la competencia a los tribunales que conozcan del litigio principal en todos aquellos asuntos relativos al desarrollo y conclusión del procedimiento, tal como el nombramiento de los administradores concursales, el reconocimiento de créditos, las resoluciones de inventario y liquidación o el convenio. El verdadero problema viene a la hora de determinar la competencia judicial internacional en asuntos que no están relacionados con el procedimiento, si no en sentido sustantivo con la insolvencia, tal como podrían ser las demandas laborales o ejecuciones pendientes.

A fin de tratar de una manera global todos aquellos asuntos que deriven de una situación de insolvencia, los tribunales europeos establecieron que el tribunal de apertura de un concurso conocería de todos aquellos asuntos relacionados con el mismo⁴⁶. Sin embargo, esta afirmación creó aún más confusión sobre la *vis attractiva concursus* y cuáles eran las situaciones en las que la competencia para conocer de ese asunto, corresponde al tribunal que conoce de la insolvencia, puesto que no se definió de manera clara qué se consideraba “asunto relacionado con el concurso”.

El art 6 del REI *bis* establece: “1. Los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio se haya abierto un procedimiento de insolvencia en aplicación del artículo 3 serán competentes para cualquier acción que se derive directamente del procedimiento de insolvencia y guarde una estrecha vinculación con este, como las acciones revocatorias.”

Fue el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas quien estableció en el asunto *Gourdain*⁴⁷, los requisitos necesarios para que una acción esté conectada al concurso. Primeramente, un requisito material, debiendo estar el asunto fundamentado en el Derecho Concursal, y un requisito procesal, debiendo ser acciones relacionadas de modo directo con el concurso.

Estos requisitos han sido reiterados por la jurisprudencia. Sin embargo, se trata de un análisis casuístico, y en ciertos momentos contradictorio, que ha hecho que el tribunal juzgue

⁴⁶ La primera sentencia en explicar este tema fue STJCE 22.2.1979, Asunto C- 133/78 *Gourdain c. Nadler*

⁴⁷ STJCE 22.2.1979, Asunto C- 133/78 *Gourdain c. Nadler*

de diferente manera asuntos con similares condiciones, tal como los casos *ÖFAB*⁴⁸, en el cual se busca exigir responsabilidad a un administrador por las deudas de la sociedad y *H c. HK* el cual pretende la devolución de pagos al administrador de una sociedad en insolvencia. Se consideró materia no concursal en el primer caso, y concursal en el segundo. Esto se debe a la falta de una lista taxativa de acciones que sean subsumidas por el Tribunal que conoce de la insolvencia.

Por otra parte, el TJUE ha seguido el criterio de considerar estrecha vinculación como situación que únicamente puede ser ejercitada si existe una situación de concurso, aunque se ha extendido este criterio a situaciones de insolvencia sin la existencia de un concurso, como en caso *H v. H.K.*, con lo cual podríamos decir que no es un requisito definitivo.

Aplicando los requisitos expuestos podríamos determinar, como es lógico, que corresponderá la competencia a los tribunales que conozcan del litigio principal en todos aquellos asuntos relativos al desarrollo y conclusión del procedimiento, tal como el nombramiento de los administradores concursales, el reconocimiento de créditos, las resoluciones de inventario y liquidación o el convenio. El verdadero problema viene a la hora de determinar la competencia judicial internacional en asuntos que no están relacionados con el procedimiento, si no en sentido sustantivo con la insolvencia, tal como podrían ser las demandas laborales o ejecuciones pendientes.

Como mencionábamos anteriormente, el verdadero problema vendrá a la hora de determinar la competencia para conocer determinados asuntos de carácter sustantivos. La jurisprudencia de la UE ha establecido determinados supuestos, en los que se aplicará la *vis attractiva concursus* como las acciones de reintegración⁴⁹ o las acciones de responsabilidad de los administradores⁵⁰, y otros supuestos en los que no como las acciones reivindicatorias de bienes⁵¹, las acciones de responsabilidad social⁵².

A pesar de que la competencia del Tribunal que incoa el procedimiento principal para conocer los asuntos estrechamente relacionados con la insolvencia, es en principio exclusiva y excluyente, existen dos situaciones en las que competencia podrá ser ejercitada por el Tribunal de otro Estado miembro, aun siendo un asunto a los que en principio se les aplicaría la *vis*

⁴⁸ STJUE (5º) 18.07.2013, Asunto C-147/12 *ÖFAB*

⁴⁹ STJCE (1ª) 12.2.2009, Asunto C-339/07 *C Seagon c. Deko Marty Belgium*

⁵⁰ STJUE (6º) 10.12.2015, Asunto C- 594/14 *S Kornhaas c. T Dithmar*

⁵¹ STJCE (1ª) 2.7.2009, Asunto C-111/08 *SCT Industri AB i likvidation c. Alpenblume AB*

⁵² STJUE (1ª) 21.1.2010, Asunto C-444/07 *MG Probud*, enumeración basada en Espiniella, A, “Los concursos transfronterizos”, *El derecho de la insolvencia*, cit., p. 1094

attractiva concursus. Tales son las medidas cautelares (art 52 REI *bis* y 226.2 LC), las cuales podrán ser ejercitadas por otro tribunal, si así lo prevé su Ley nacional y tratan sobre bienes y personas establecidas territorio, y las situaciones conexas, entendiendo como tales en caso de que existan tanto acciones concursales como no concursales contra un demandado en otro Estado miembro⁵³.

Estas situaciones, unidas al a falta de una lista taxativa, los fallos contradictorios de la jurisprudencia, como los casos *H c. HK* y *ÖFAB*, anteriormente comentados⁵⁴, y la posibilidad de que otra jurisdicción trate el asunto, hace complicada la delimitación de la competencia en estos casos.

Vemos que se trata de una relación casuística, en la que se aprecia una regulación poco clara, nada práctica, que lleva a errores en un asunto que debiera estar especificado de manera adecuada dada su importancia. Es cierto que cada situación de insolvencias, y las condiciones a su alrededor son diferentes y particulares, pero posiblemente sería conveniente incluir una lista de los principales asuntos sustantivos que quedan relacionados con una situación de insolvencia, o una determinación clara de los requisitos que deben darse, para que se dé la *vis attractiva concursus*.

3.2.2 Coordinación entre el Reglamento europeo de insolvencia y el Reglamento de Bruselas I, actualmente I bis

A lo hora de determinar la competencia judicial internacional se han encontrado problemas en la delimitación del ámbito de aplicación, y la relación, entre el Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000 (en adelante RBI) relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, más conocido como reglamento de Bruselas I⁵⁵, y las normas específicas de insolvencia, tal como el Reglamento de insolvencia europeo. El TJUE y la Comisión europea han tenido de matizar su coordinación y la relación existente entre ellos, dado que en ciertas ocasiones ambas normas pueden solaparse o crear lagunas.

Es cierto que el Reglamento de Bruselas I excluía de su ámbito de aplicación en el art 1.2 b) “*la quiebra, los convenios entre quebrado y acreedores y demás procedimientos*

⁵³ Espiniella, A, “Los concursos transfronterizos”, *El derecho de la insolvencia, cit.*, p. 1094

⁵⁴ Explicado en la página 24

⁵⁵ En la actualidad debemos que todo lo establecido por los tribunales respecto al Reglamento de Bruselas I, es aplicable al Reglamento de Bruselas I *bis*

análogos”, mientras que el Reglamento de insolvencia de la UE incluye una lista taxativa de procedimientos a los que es aplicable el mismo⁵⁶. Sin embargo, el problema vendría en determinar el Reglamento aplicable a los casos de otros procedimientos que estén estrechamente relacionados con el procedimiento de insolvencia principal, que podrían resultar atraídos por la *vis attractiva concursus*, hacia el tribunal que conociese del procedimiento principal, que fuesen de carácter civil o mercantil, pudiendo así ser aplicable también el RBI.

El TJUE determinó en la sentencia *Nickel and Goeldner Spedition*⁵⁷ que, aquellos procedimientos que estén relacionados con la quiebra quedarán incluidos en el ámbito de aplicación del Reglamento de insolvencia de la UE, aun no estando incluidos en la lista taxativa de procedimientos, si son atraídos por el procedimiento principal⁵⁸, mientras que aquellos asuntos que no estén incluidos en el ámbito de aplicación del Reglamento de insolvencia de la UE por no estar estrechamente relacionados, quedarán incluidas en el ámbito de aplicación del Reglamento de Bruselas I⁵⁹.

El TJUE reitera su posición en la sentencia *F-Tex*⁶⁰, resolviendo a favor del Reglamento de insolvencia en los asuntos relacionados con el procedimiento de insolvencia, determinando que quedan excluidos del ámbito de aplicación del RBI aquellos procedimientos que emanan directamente de un procedimiento de insolvencia. Sin embargo, en este caso, matiza que únicamente se aplicará a las demandas estrechamente relacionadas con un procedimiento de insolvencia⁶¹, es decir, únicamente los asuntos a los cuales se les aplica la *vis attractiva concursus* por el Tribunal que incoa el procedimiento de insolvencia⁶².

⁵⁶ Art 3 y Anexo A Reglamento n°2012/848

⁵⁷ En este caso se discute la aplicación del reglamento de RBI o el REI en cuanto a la competencia, ejecución y reconocimiento del cobro de una deuda derivada de la prestación de servicios de transporte formulada por un síndico de una empresa en liquidación en el marco de un procedimiento de insolvencia.

⁵⁸ Se explicará más adelante la *vis attractiva concursus*

⁵⁹ STJUE (1ª) 4.9.2014, Asunto C-157/13 *Nickel & Goeldner Spedition* ap 2

⁶⁰ En este caso se determina que está dentro del ámbito de aplicación del RBI “*la demanda presentada contra un tercero por un demandante que fundamenta su acción en la cesión de un derecho de crédito efectuada por el síndico designado en el marco de un procedimiento de insolvencia, y que tiene por objeto la acción revocatoria que la Ley nacional aplicable a dicho procedimiento atribuye al síndico*”

⁶¹ STJUE (1ª) 19.4.2012, Asunto C- 213/10 *F-Tex* ap 29

⁶² En el caso *F-Tex* se determina la no aplicación del Reglamento de Insolvencia dado que el caso trata de una demandada por un derecho de crédito por parte de *F-Tex* contra un tercero, que le había sido cedido a *F-Tex* por el síndico de un procedimiento de insolvencia de una la sociedad NPLC. Aun tratándose de un derecho que ha sido concedido en el marco un procedimiento de insolvencia, será de aplicación el RBI, dado que no está relacionado con el procedimiento de insolvencia principal.

El REI *bis* intenta matizar esta relación en su considerando 7⁶³, reiterando la posición del TJUE ante el posible conflicto de ambos reglamentos, pero de una manera teórica y poco práctica, siendo así un problema sin resolver que seguirá haciendo que partes del procedimiento utilicen el reglamento que les sea más favorable en su propio beneficio.

3.2.3 *Traslado del deudor antes de la apertura del concurso*

Una sociedad que, aún no habiendo entrado en concurso, se encuentre en una situación de insolvencia puede intentar busca una legislación que le sea más favorable, aprovechando las presunciones establecidas en las diferentes regulaciones para determinar su COMI. Esta práctica se denomina comúnmente “*Forum shopping*” o turismo de jurisdicciones y es uno de los grandes problemas que se han encontrado en las situaciones de insolvencia transfronteriza.

En Europa se realizan numerosos traslados de empresas y ciudadanos alemanes e irlandeses a Reino Unido con el fin de beneficiarse de sus conocidos y beneficiosos acuerdos pre concursales “*scheme of arrangement*”. Con el fin de evitar esta práctica tanto el REI *bis* como la LC establecen un plazo de tiempo en el cual esas presunciones no tienen efecto.

El REI *bis* en su art 3.1 establece que, en caso de traslado del domicilio social en los últimos 3 meses, de un deudor que fuese sociedad o persona jurídica, no será aplicable la presunción a favor del domicilio social. Establece también el mismo periodo de tiempo en caso de particulares que ejerzan la actividad mercantil o los profesionales independientes. En cambio, para el resto de particulares, se aumenta el plazo a 6 meses en caso de traslado de domicilio habitual.

Parece un periodo corto de tiempo, del que principalmente las sociedades se benefician, ya que no se ajusta a la realidad de un caso de insolvencia, en la que las dificultades económicas y de liquidez se conocen antes de los 3 meses⁶⁴ desde la apertura del concurso. Además, la jurisprudencia del TJUE ha dejado la puerta abierta a la posibilidad de

⁶³ “La quiebra, los convenios entre quebrado y acreedores y demás procedimientos análogos, así como las acciones relacionadas con esos procedimientos, están excluidos del ámbito de aplicación del Reglamento (UE) n°1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo. Dichos procedimientos deben quedar sujetos al presente Reglamento. En la mayor medida posible, la interpretación del presente Reglamento debe evitar resquicios normativos entre ambos instrumentos. Sin embargo, el mero hecho de que un procedimiento nacional no figure en la lista del anexo A del presente Reglamento no ha de significar que esté sujeto al Reglamento (UE) n 1215/2012.”

⁶⁴ Quizás sería conveniente aplicar el mismo periodo de tiempo utilizado en caso la rescisoria (2 años desde la declaración del auto del concurso en caso español), puesto que se adapta más al posible conocimiento que puede tener el deudor de su situación de insolvencia.

modificar estos plazos en mayor o menor intensidad dependiendo del caso particular⁶⁵, algo que altera la seguridad jurídica y el tratamiento igualitario de las insolvencias a nivel europeo, independientemente del Estado que conozca de ello.

Por otra parte, no aborda, ni soluciona el hecho de que diferentes sociedades realizan el cambio social en un mayor periodo de tiempo, sin trasladar la gestión real, y convirtiéndose así en sociedades fantasma que quedan beneficiadas tanto por la libertad de establecimiento y este corto periodo de tiempo para romper la presunción en fraude de acreedores.

Otro problema relacionado con el traslado del deudor lo encontramos en la propia regulación española. El art 10 de la LC “competencia internacional y territorial” determina que no será aplicable la presunción del centro de intereses del deudor persona jurídica, si éste ha sido modificado en los últimos 6 meses, siguiendo el criterio europeo. Sin embargo, nada dice respecto a las personas físicas o profesionales. La propuesta de LC no solucionada este vacío, incluso lo empeora, dado que omite las normas relativas al a competencia internacional, haciendo únicamente referencia a la competencia territorial⁶⁶.

También podemos encontrar problemas con la entrada en vigor del Real Decreto Ley 15/2017, de 6 de octubre, de medidas urgentes en materia de movilidad de operadores económicos dentro del territorio nacional.

Podemos concluir que con la entrada en vigor del REI *bis*, se ponen más trabas a la posibilidad de que un deudor se beneficie de una jurisdicción más favorable, aún no siendo suficientemente adecuada, pero que a nivel español seguimos sin tener normas armonizadas.

3.2.4 Grupo de empresas

En la actualidad la gran mayoría de operadores económicos a nivel internacional son grupos de empresas y dada su complejidad podemos encontrar problemas para la determinación de la competencia judicial internacional para tratar las sociedades que la componen. Los grupos de sociedades son formas de organización empresarial en las que una pluralidad de entidades jurídicas separadas, con personalidad jurídica propia, se somete a una

⁶⁵ STJUE (1º) 20.1.2011, Asunto C-396/09, *Interdil c. Fallimiento Interdil e Intesa*

⁶⁶ También podríamos encontrar problemas con la entrada en vigor del Real Decreto Ley 15/2017, de 6 de octubre, de medidas urgentes en materia de movilidad de operadores económicos dentro del territorio nacional, por el cual se facilita el traslado del domicilio social de una sociedad dentro del territorio nacional. Sin embargo, presumiblemente no tendría ningún impacto negativo debido que el COMI del deudor seguiría estando en el mismo Estado miembro

dirección económica unitaria⁶⁷.

Como hemos mencionado anteriormente existen diferentes modelos en cuanto al trato de los grupos, y a la hora de determinar la competencia para conocer de la insolvencia de una sociedad, se planteaba la duda de la localización del COMI, si mantener la presunción de localizarlo en el domicilio social de cada una de las sociedades, y así dar la competencia a los tribunales de ese Estado miembro, o si localizar un solo COMI para todo el grupo, en el domicilio de la sociedad matriz

A nivel europeo el REI no contenía normas específicas que regulasen una situación de insolvencia dentro de un grupo de empresas, y se dejó cierta libertad a los tribunales nacionales para que decidiesen por cual modelo decantarse, en su gran mayoría por un tratamiento global del grupo y la localización de un solo COMI para toda la sociedad⁶⁸. Sin embargo, el TJUE se mostró partidario de seguir con la presunción a favor del domicilio social de cada una de las entidades con personalidad jurídica propia. Así lo explicó en 2006 con la sentencia *Eurofood IFSC*⁶⁹, en la cual se discute el COMI de una filial cuyo domicilio social se encuentra en un Estado miembro diferente al de su sociedad matriz.

En el REI *bis* se introduce el tratamiento de los grupos de empresas y así se consolida el criterio establecido por el TJUE, de un COMI por cada sociedad, es decir, una competencia jurisdiccional propia por cada una de las sociedades.

A nivel internacional la Ley modelo de UNICTRAL tampoco contenía normas específicas que regulasen esta situación, sin embargo, en 2010 se publica la Guía de UNCITRAL sobre tratamiento de los grupos de empresas en situación de insolvencia. En la segunda parte de esta guía se establece el tratamiento de las insolvencias transfronterizas de grupos de empresas, y al igual que en la regulación europea, se establece como mejor opción la separación de las sociedades, con el fin de respetar su identidad jurídica propia, y el establecimiento de COMI por cada sociedad. Esto acerca la sede del concurso a la de actividad real de esa concreta mercantil, no de todo el grupo.

Se plantea la posibilidad, al igual que en el reglamento europeo, del tratamiento único

⁶⁷ García, L, “Reflexiones acerca de la regulación de la insolvencia de los grupos internacionales de sociedades en la Unión Europea”, *Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, número 21, enero 2015, p 206

⁶⁸ Mención especial al caso Lennex (High Court of Justice, 20.6.2008 (case no. 5024/5025/5026/5027))

⁶⁹ STJCE (Gran Sala) 2.5.2006, Asunto C-341/04 *Eurofood IFSC*

del grupo en caso de plan fraudulento o cuando, en base a diferentes criterios, se establece que el centro efectivo de control y dirección de la sociedad, es en la sociedad matriz⁷⁰.

Es complicado decantarse por un modelo ya que, si bien cada entidad que forma el grupo tiene su propia personalidad jurídica, en ciertas ocasiones están estrechamente relacionadas y comparten características comunes que hacen del grupo una sola entidad a efectos prácticos. Deberían determinarse de manera clara los criterios que indiquen que un grupo de empresas será tratado de manera global, para poder adaptarse la regulación a cada caso concreto tal como confusión de patrimonio, dirección única o movilidad de trabajadores.

3.2.5 Coordinación de procedimientos

3.2.5.1 Principal y secundarios

Como explicábamos anteriormente tanto a nivel europeo como a nivel internacional, se aboga por la existencia de un concurso principal para la totalidad de los bienes y acreedores de un mismo deudor, pero entendiendo las dificultades que ello conllevaría en caso de insolvencia transfronteriza, se abre la posibilidad de que existan al mismo tiempo procedimientos secundarios. Se busca conjugar de una mejor manera los intereses de los acreedores locales con la supervivencia y reestructuración de la empresa. Sin embargo, la existencia de esta realidad conlleva que deban existir mecanismos de coordinación y cooperación.

El procedimiento principal es aquel que afecta a la totalidad de los bienes de un deudor, al margen de su localización, en el que cualquier acreedor puede participar, mientras que un procedimiento secundario, es aquel procedimiento territorial, abierto con posterioridad al procedimiento principal, que afecta a los bienes y acreedores de un solo Estado⁷¹. La existencia de estos procedimientos secundarios ha originado multitud de conflictos y problemas, por la falta de una conveniente regulación, y las dificultades para coordinar

⁷⁰ A modo de ejemplo en la STJUE (1ª) 15.12.2011, Asunto C-191/10 *Rastelli* se establece que deben existir múltiples elementos que demuestren el tratamiento único de un grupo de empresa, y no únicamente en caso de confusión de patrimonios.

⁷¹ art 3 REI bis “2. Cuando el centro de intereses principales del deudor se encuentre en el territorio de un Estado miembro, los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro solo serán competentes para abrir un procedimiento de insolvencia con respecto a ese deudor si este posee un establecimiento en el territorio de este otro Estado miembro. Los efectos de dicho procedimiento se limitarán a los bienes del deudor situados en el territorio de dicho Estado miembro 3. Cuando se haya abierto un procedimiento de insolvencia en aplicación del apartado 1, cualquier otro procedimiento de insolvencia que se abra con posterioridad en aplicación del apartado 2 será un procedimiento de insolvencia secundario”

ambos procedimientos, los cuales se rigen por las mismas normas de conflicto, y esto quiere decir que, en términos generales, la competencia y ley aplicable será diferentes en ambos casos, aunque afecten a una misma masa activa. Tenemos que tener en cuenta que el procedimiento secundario o territorial afectara únicamente a los bienes del deudor que se encuentren en ese Estado de apertura de este procedimiento, a pesar que ellos formen parte del total de la masa activa de un deudor.

Son especialmente relevantes las modificaciones y novedades que introduce el REI *bis* en este tema con el fin de evitar el gran número de casos que llegaron al TJUE⁷², e intentando coordinar ambos procedimientos, aunque debemos esperar para comprobar su eficacia, debido a su corta aplicación.

Como novedades en cuanto a coordinación de ambos procedimientos, se introduce la audiencia del administrador concursal del procedimiento principal por el tribunal ante el cual se solicite la apertura del secundario (art 38), pudiendo éste impugnar la resolución de apertura del procedimiento principal si lo cree conveniente (art 39). Por otra parte, se posibilita la valoración y la distribución de bienes, con el envío de una lista provisional de distribución por parte del administrador principal al tribunal que conoce del procedimiento secundario, buscando favorecer ambos procedimientos (Art 36), con el fin de evitar los conflictos de valoración que anteriormente habían suscitado que el TJUE tuviese que resolver⁷³. Mencionar que la obligación de cooperación y comunicación afecta de igual manera a administradores concursales como a los tribunales (arts 41 a 43).

Podemos ver que se regula de una manera más adecuada la existencia de procedimientos secundario, dotando a tribunales y administradores concursales de normas específicas sobre cómo coordinar y cooperar en estos casos, y además se busca la no apertura del procedimiento secundario, algo que está acorde con el objetivo de unificar en un solo procedimientos el conjunto de masa activa y pasiva de un deudor.

3.2.5.2 Varios procedimientos concursales dentro de un grupo de empresas

⁷² La STJUE (1º) 22.11.2012, Asunto C-116/11 *Bank HandLowy y Adamiak*, concluye “*Incumbe al tribunal competente para abrir un procedimiento secundario tomar en consideración los objetivos del procedimiento principal y tener en cuenta el sistema del Reglamento, con observancia del principio de cooperación leal.*”

⁷³ A modo de ejemplo mencionar STJUE (1º) 11.6.2015, Asunto C-649/13 *Comité d’entreprise de Nortel Networks*

Como hemos mencionado anteriormente tanto a nivel europeo, como a nivel internacional se busca el tratamiento separado de cada una de las sociedades de un grupo de empresas en caso de insolvencia. Sin embargo, debido a la relación y la estructura particular dentro de los grupos, además del impacto que puede conllevar la insolvencia de una de las sociedades para el resto, es necesario que exista coordinación y cooperación, algo que no ha sido tratado de una manera efectiva hasta la entrada en vigor del REI *bis*.

A nivel europeo se planteó la posibilidad de analógicamente aplicar las normas relativas a la coordinación de procedimientos principal y secundario a la situación de insolvencia dentro del grupo de empresa, pero el hecho de encontrarnos con varios procedimientos principales, de igual importancia *a priori*, dificultaba este modelo. Es por ello que se optó en el REI *bis* por una coordinación procesal diferente, es decir, la comunicación, coordinación y cooperación, no solo de los síndicos sino también de los jueces.

Se introduce en la última modificación del reglamento diferentes medidas de coordinación y cooperación buscando la eficiencia, tal como la posibilidad de solicitar la suspensión de medidas cautelares en caso de posibilidad de reestructuración de todo el grupo (art 60), la posibilidad de solicitar el inicio de un procedimiento coordinado ante una jurisdicción competente con el nombramiento de un coordinador común (art 72)⁷⁴.

La Guía de la CNUDMI sobre el tratamiento de los grupos de empresas en situación de insolvencia prevé también medidas y recomendaciones para la cooperación procesal⁷⁵ tal como la comunicación directa entre tribunales o la creación de acuerdos y audiencias conjuntas, con el fin de facilitar la coordinación de distintos procedimientos.

3.3 Principales incidencias en la eficacia extraterritorial de resoluciones

3.3.1 Comunicación y publicidad

Desde el momento de la apertura de un procedimiento de insolvencia, existe la obligación de comunicar individualmente a los acreedores conocidos⁷⁶, con independencia de su localización, tanto de la apertura del mismo como aquellos datos relativos a plazos,

⁷⁴ De Miguel, P., “La evolución del régimen europeo sobre procedimientos de insolvencia”, *La Ley Unión Europea*, número 28, julio 2015, pp. 1-8

⁷⁵ Guía de la CNUDMI sobre el tratamiento de los grupos de empresas en situación de insolvencia ap 2 pp 29-37

⁷⁶ Excluidos los acreedores de personas físicas no comerciantes a los cuales se les puede notificar de manera más simple

sanciones, competencia y la clasificación de acreedores.⁷⁷ Sin embargo en caso de encontrarnos en una situación de insolvencia transfronteriza, es frecuente que no se conozcan con exactitud todos los acreedores del deudor, pudiendo perjudicar sus créditos de acreedores por falta de comunicación.

En busca de dar igual trato a todos los acreedores de un mismo deudor en caso de insolvencia transfronteriza y solucionar los posibles problemas, facilitar la presentación de créditos en el procedimiento principal y evitar la apertura de procedimientos secundarios territoriales, se introduce con la modificación del reglamento de insolvencia medidas de publicidad como la creación de registros y la interconexión de estos a nivel europeo.

El art 24 regula la creación de estos registros nacionales, e incluye el mínimo de información exigida dando la posibilidad a los Estados miembros para que establezcan los requisitos que consideren oportunos, respetando el mínimo. Además, se establece que no será publicada la información relativa a particulares que no ejerzan actividad mercantil, ni profesionales independientes, aunque garantizando a sus acreedores la presentación de créditos mediante comunicación personal la apertura del concurso.

En el art 25 se regula la interconexión de estos registros nacionales, donde toda la información relativa a procedimientos de insolvencia será compartida y publicada en el portal europeo de e-Justice con el fin de los acreedores y órganos jurisdiccionales puedan acceder a la información allí publicada⁷⁸. Se ha dado margen hasta el 26 de junio de 2019 para que se haga efectiva la interconexión, aunque actualmente Chequia, Alemania, Austria, Italia, Letonia, Rumania, Estonia, Países Bajos, Eslovenia están ya compartiendo la información en el Portal.

Por otra parte, el administrador o deudor no desahogado si lo considera necesario, o por la existencia de un establecimiento, podrá solicitar que se publique en el registro de otro Estado miembro la resolución de apertura de procedimiento y el nombramiento de un administrador concursal⁷⁹.

Parece que, con la interconexión de registros a nivel europeo, será más sencillo que los acreedores puedan conocer la situación de insolvencia, y presentar sus créditos en el plazo establecido, así como los tribunales conocer, sin necesidad de comunicación directa, de la

⁷⁷ Art 54 REI *bis*

⁷⁸ Art 24.2 REI *bis*

⁷⁹ Art 54 REI *bis*

existencia de un procedimiento abierto relativo a un deudor. Hemos de esperar a 2019 para empezar a valorar la efectividad, y si se reduce el número de procedimientos secundarios incoados y de acreedores afectados.

3.3.2 Reconocimiento y ejecución de decisiones Estados Unión Europea

El reconocimiento de decisiones de Estados de UE que nazcan de materia concursal⁸⁰, se realiza en principio en base a lo establecido en REI *bis*, el cual intenta facilitar en la medida de la posible este proceso. Varía notablemente respecto al reconocimiento y ejecución de resoluciones de Estados no miembros.

El REI *bis* en su art 32, regula el reconocimiento y ejecución de decisiones, y diferencia en su apartado 1 entre el reconocimiento de las resoluciones de desarrollo, conclusión, las que “deriven directamente de un procedimiento de insolvencia” y de medidas cautelares relacionadas con el procedimiento, y ente aquellas resoluciones diferentes de las anteriores (las expuestas en el apartado 1), reguladas en su apartado 2.

El primer grupo de resoluciones se reconocerán y ejecutarán de manera directa y serán reconocidas de pleno derecho. Aunque en principio el reconocimiento se realiza de manera automática, y sin formalidades, puede rechazarse si se considera que vulnera el orden público del Estado requirente, o por la existencia de un procedimiento de insolvencia nacional que fuese incompatible con aquello que se requiere⁸¹.

El hecho de que se reconozca de manera automática las resoluciones, evita que los órganos jurisdiccionales de otro Estado puedan adoptar medidas que puedan afectar a la masa activa susceptible de ser disponible en un concurso⁸². Por otra parte, se establece que ningún Estado miembro puede introducir más controles de los establecidos en el Reglamento, ni una revisión de fondo.⁸³

Todas aquellas resoluciones que no estén incluidas en el apartado 1 del art 32 del reglamento, pertenecerán al segundo grupo (apartado 2), se realizará respetando los requisitos y condiciones establecidos en el RBI *bis*⁸⁴.

⁸⁰ Por extensión también a las decisiones que se vinculen al procedimiento de insolvencia transfronteriza

⁸¹ STJCE (Gram Sala) 2.5.2006, Asunto C-341/04 *Eurofood IFSC*

⁸² STJUE (1ª) 21.1.2010, Asunto C-444/07 *MG Probud*

⁸³ Espiniella, A, “Los concursos transfronterizos”, *El derecho de la insolvencia, cit.*, p. 1105

⁸⁴ Únicamente aplicable a los procedimientos judiciales iniciados posteriores al 10 de enero de 2015.

Por otra parte, hemos de entender que, si únicamente se buscan los efectos de ejecución de sentencia y ningún otro, será de aplicación el procedimiento de ejecución directa contemplado en el artículo 39 del RBI *bis*, “*sin necesidad de una declaración de fuerza ejecutiva*”.

3.3.3 Reconocimiento y ejecución por parte de España de decisiones de Estados no miembros

El reconocimiento y ejecución de las resoluciones de un Estado no miembro por parte de España se realizará en base a lo establecido en el LC. Para que una resolución extranjera sea reconocida y ejecutada, además del requisito general de reciprocidad, por el cual únicamente se podrán reconocer resoluciones de Estados que reconozcan a su vez las españolas, el art 220.1 LC establece 5 requisitos adicionales en caso de insolvencia:

“1º. Que la resolución se refiera a un procedimiento colectivo fundado en la insolvencia del deudor, en virtud del cual sus bienes y actividades queden sujetos al control o a la supervisión de un tribunal o una autoridad extranjera a los efectos de su reorganización o liquidación.

2º. Que la resolución sea definitiva según la ley del Estado de apertura.

3º. Que la competencia del tribunal o de la autoridad que haya abierto el procedimiento de insolvencia esté basada en alguno de los criterios contenidos en el artículo 10 de esta ley o en una conexión razonable de naturaleza equivalente.

4º. Que la resolución no haya sido pronunciada en rebeldía del deudor o, en otro caso, que haya sido precedida de entrega o notificación de cédula de emplazamiento o documento equivalente, en forma y con tiempo suficiente para oponerse.

5º. Que la resolución no sea contraria al orden público español.”

Como podemos observar el ámbito de aplicación es menor que el establecido en el REI *bis* dado que únicamente será aplicable a un número reducido de resoluciones, mientras que, a nivel europeo, además de incluir los procedimientos preconcursales y extraconcursales, no impone la sujeción a una autoridad.

Respecto del segundo requisito debemos mencionar que las medidas cautelares, a pesar de poderse considerar provisionales y no definitivas, sí que son susceptibles de poder ser

reconocidas. Y respecto al tercero, especificar que se estudiará de oficio la competencia del tribunal que dictó la resolución.

En cuanto a orden público español debemos de entender, no solo la vulneración de garantía procesales, sino también los principios rectores de los procedimientos de insolvencia españoles, algo que dificulta de manera llamativa el reconocimiento debido al a singularidades de cada ordenamiento.

La guía de UNCITRAL tampoco establece medidas que puedan conjugar las particulares de cada régimen de insolvencia nacional con la necesidad de acelerar y facilitar el reconocimiento, si no que establece un reconocimiento general, que parece no respetar las legislaciones nacionales, aumentando las posibilidades de procedimientos secundarios territorios.

Este reconocimiento no evita que se abra en España un procedimiento secundario⁸⁵, algo que desvirtúa de manera llamativa, el objetivo que se busca a nivel internacional de unificar en un solo procedimiento todos los bienes y acreedores de un mismo deudor y lo asuntos relativos al mismo. Podemos determinar pues que se trata de un mecanismo ineficiente ya que se encuentran múltiples dificultades para su realización, además de aumentar el tiempo necesario para el reconocimiento y ejecución, algo que puede afectar a quien pretenda hacerlo valer.

⁸⁵Art 220.3 LC

4. CONCLUSIÓN

Una vez realizado el análisis exhaustivo de los principales problemas que encontramos en una situación de insolvencia, y habiendo visto tanto los mecanismos jurídicos como las soluciones planteadas por la jurisprudencia del TJUA para su solución, podemos concluir que se han mejorado los instrumentos, pero siguen existiendo problemas sin solucionar, o solucionados de manera parcial o incompleta.

La entrada en vigor del REI bis supone, al menos en el plano teórico, un gran avance en materia de insolvencias internacionales y Derecho internacional Privado. No solo recoge lo doctrina establecido por TJUE, si no que regula asuntos de gran importancia que se encontraban sin un adecuado trato hasta el momento, como los grupos de empresa, e introduce provisiones con el fin de evitar *forum shopping*.

A la hora de determinar el centro de intereses del deudor, e incluir una definición del mismo, además de presunciones y mecanismos para su refutación, se evita que deudores se beneficien con el traslado a otro Estado antes de la apertura del concurso. Sin embargo, desde mi punto de vista el REI bis falla al establecer únicamente 3 o 6 meses para romper con las presunciones y sería más adecuado ampliar ese período de tiempo, puesto que presumiblemente el deudor conocía de su situación anteriormente.

Como comentábamos se plasma en el reglamento la línea jurisprudencia del TJUE respecto al grupo de empresas, además de mecanismos aparentemente efectivos de coordinación y cooperación. Sin embargo, como hemos visto, no está del todo claro si la decisión europea de tratar la insolvencia de cada entidad con personalidad jurídica por separado es lo conveniente dada la estrecha relaciones entre las diferentes entidades de un grupo. Debemos esperar unos años para comprobar la efectividad de las medidas propuestas.

También se incluye una regulación precisa en cuanto a la coordinación del procedimiento principal y los procedimientos secundarios, cuya existencia es conveniente para proteger los intereses locales. Al mismo tiempo, se intenta frenar su apertura, algo también es conveniente dado que se busca la universalidad del procedimiento. Parece que se ha llegado a un equilibrio que será efectivo.

Como vemos a nivel europeo se ha avanzado, sin embargo, la LC sigue sin estar en sintonía completa con la reglamentación europea, algo que podría haber sido evitado, dadas las múltiples reformas que ha sufrido en los últimos años. Particularmente debe mejorar el

régimen relativo al centro de intereses del deudor y las presunciones, y refutaciones de las mismas.

Sin embargo, existen problemas importantes que siguen sin estar regulados de una manera adecuada, lo que crea además de confusión respecto a la competencia judicial internacional, que sujetos puedan beneficiarse de la situación con diferentes fines, o que acreedores queden perjudicados.

Comenzando con el problema, desde mi punto de vista, más conflictivo y del cual dependen otros asuntos la, *Vis attractive concursus*, que a pesar de nacer buscando la unificación del concurso, acaba tratándose de una relación casuística, poco clara e incompleta. Siguiendo por asuntos que dependen de una correcta regulación de lo anterior como la coordinación entre el Reglamento de Insolvencia y el Reglamento de Bruselas I bis, al depender, en el supuesto más conflictivo, de si un asunto relacionado con la insolvencia es conocido o no por el procedimiento principal.

Podrían haberse solucionado estos problemas con el establecimiento de requisitos claros, o lista taxativa de procedimiento, de la cual la excepción fuese el análisis casuístico y no la regla general como actualmente.

Por otra parte, parece que la medida establecida en el Reglamento de Insolvencia a cerca del establecimiento de registros, y la interconexión de los mismos, está dirigida a mejorar el conocimiento para grandes deudores, con grandes acreedores, lo que hace que no se adapte a la realidad de las insolvencias internacionales puesto que la gran mayoría de ellas sean relativas a pequeñas empresas.

A nivel internacional quizás falten instrumentos que regulen de manera eficaz las insolencias internacionales, y no meras recomendaciones, aunque si encontramos dificultades a nivel europeo, a nivel internacional son mucho mayores dado que se amplían las diferencias entre jurisdicciones.

Se deben seguir perfeccionando los instrumentos relativos a las insolencias internacionales, buscando el equilibrio entre la universalidad del procedimiento y la personalidad propia de cada jurisdicción, y entre la “supervivencia” del deudor y el trato igualitario de todos los acreedores, independientemente de su localización.

BIBLIOGRAFÍA

1. Legislación

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal

Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza y Guía para su incorporación al derecho interno e interpretación.

Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica

Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial

Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal

Recomendación de la Comisión de 12 de marzo de 2014 sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial

Reglamento (CE) número 1346/2000, del Consejo, de 29 mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia

Reglamento (CE) número 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil

Reglamento (UE) número 1215/2012 del Parlamento Europeo y del consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil.

Reglamento (UE) número 2015/848, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia

Reglamento de ejecución (UE) 2017/1105 de la Comisión de 12 de junio de 2017 por el que se establecen los formularios mencionados en el Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre procedimientos de insolvencia

Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de Julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital

2. Jurisprudencia

STJCE (Gran Sala) 17.1.2006, asunto C-1/04 *Staubitz-Schreiber*

STJCE (Gran Sala) 2.5.2006, Asunto C-341/04 *Eurofood IFSC*

STJCE (1ª) 12.2.2009, Asunto C-339/07 *C Seagon c. Deko Marty Belgium*

STJCE (1ª) 2.7.2009, Asunto C-111/08 *SCT Industri AB i likvidation c. Alpenblume AB*

STJUE (1ª) 21.1.2010, Asunto C-444/07 *MG Probud*

STJUE (1ª) 15.12.2011, Asunto C-191/10 *Rastelli*

STJUE (1ª) 19.4.2012, Asunto C- 213/10 *F-Tex*

STJUE (1º) 22.11.2012, Asunto C-116/11 *Bank HandLowy y Adamiak*

STJUE (1º) 16.1.2014, Asunto C-328/12 *Schmid c. Hertel*

STJUE (5º) 18.07.2013, Asunto C-147/12 *ÖFAB*

STJUE (1ª) 4.9.2014, Asunto C-157/13 *Nickel & Goeldner Spedition*

STJUE (6º) 4.12.2014, Asunto C-295/13 *H c. H.K*

STJUE (1º) 11.6.2015, Asunto C-649/13 *Comité d'entreprise de Nortel Networks*

STJUE (6º) 10.12.2015, Asunto C- 594/14 *S Kornhaas c. T Dithmar*

3. Obras doctrinales

Almoguera J., *Fundamentos de derecho empresarial Derecho Concursal Tomo IV*, Civitas, Pamplona 2018, p25

Arenas R, “Procedimientos concursales”, Fernandez J, Arenas R, de Miguel P, *Derecho de los negocios internacionales*, Tercera edición, Iustel, Madrid 2011, pp. 561-628.

Calvo, A.L, Carrascosa J., *Derecho concursal internacional*, Colex, Madrid, 2004.

Espiniella, A, “Los concursos transfronterizos”, *El derecho de la insolvencia*, Tirant lo Blanch, Valencia 2016, pp. 1087-1118

Esplugues, C, “Procedimientos concursales”, Fernández Rozas J., *Derecho del comercio internacional*, EUROLEX Madrid 1996, pp. 449-469

Esplugues, C, Dobson J., “Procedimientos de insolvencia transfronteriza”, Esplugues Mota C., Hargain D., *Derecho del comercio internacional*, Reus, Argentina 2005, pp. 711-722.

Esplugues, C, “Procedimientos de insolvencia transfronteriza”, Esplugues Mota C., *Derecho del comercio internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia 2011, pp. 357-378.

Ezquerria J, “El reglamento comunitario y la Ley Concursal en el nuevo Derecho internacional privado de la insolvencia” Martin A, *La reforma de la legislación concursal: un estudio sistemático de las Leyes 22/2003 y 8/2003, de 9 de julio*, Dykinson, Madrid 2004, pp. 325-344

4. Artículos

Carballo, L., “El traslado del centro de los intereses principales del deudor”, *Anuario de Derecho Concursal*, número 9, 2006, pp 497-519.

Cordón F, *La unificación del Derecho concursal en el ámbito de la Unión Europea: El reglamento comunitario 1246/2000, de procedimientos de insolvencia*, Unión Europea Aranzadi, vol.30, número 3, 2003, pp. 5-14

De Miguel, P., “La evolución del régimen europeo sobre procedimientos de insolvencia”, *La Ley Unión Europea*, número 28, julio 2015, pp. 1-8

Eidenmüller, H., “Coordinación de procedimientos en los concursos de grupos de empresas”, *Anuario de Derecho Concursal*, número 9, 2016, pp. 7-49

Espiniella, A., “El nuevo reglamento europeo de insolvencia y la propuesta de texto refundido de la Ley Concursal: Encuentros y desencuentros”, *Revista Española de Derecho Internacional*, número 70.1.2018, enero 2018, pp. 245-252

García, L., “Reflexiones acerca de la regulación de la insolvencia de los grupos internacionales de sociedades en la Unión Europea”, *Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, número 21, enero 2015, pp. 205-226

García- Posadas M, Vegas R “Las reformas de la Ley Concursal durante la Gran recesión”, Banco de España Eurosistema, documento de trabajo nº 1620, 2016

Gonzales, J, Pessoa de Oliveira, A “El papel de UNCITRAL (CNUDMI) en las insolvencias transfronterizas”, *Panorama Socioeconómico Año 31*, número 31, julio 2013, pp. 41-57

Torralba, E., “El reglamento sobre procedimientos de insolvencia y su aplicación en España: Algunas adaptaciones necesarias”, *Revista Española de Derecho Internacional*, número 70.1.2018, enero 2018, pp. 253-260.

Torralba, E., “Las acciones de responsabilidad de los administradores en el ámbito internacional: ¿societarias o concursales?”, *Anuario de Derecho Concursal*, número 38, mayo-agosto 2016, pp.67-84.

5. Páginas web

Dictum abogados, La propuesta de Real decreto legislativo por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley concursal, Dictum abogados, 12 junio 2017 (disponible en: <https://dictumabogados.com/e-dictum-publicaciones-derecho-mercantil/la-propuesta-real-decreto-legislativo-se-aprueba-texto-refundido-la-ley-concursal/16275/>, última consulta: 14/04/2018)